



UNIVERSIDADE CATÓLICA PORTUGUESA

O direito da concorrência na era digital
À luz do caso Google Shopping

Dissertação de Mestrado em Direito Internacional e Europeu
sob a orientação da Professora Doutora Sofia Oliveira Pais

Beatriz Barbieri Cardoso de Melo Vieira

Faculdade de Direito – Escola do Porto
Outubro de 2018

UNIVERSIDADE CATÓLICA PORTUGUESA

O direito da concorrência na era digital
À luz do caso Google Shopping

Dissertação de Mestrado em Direito Internacional e Europeu
sob a orientação da Professora Doutora Sofia Oliveira Pais

Beatriz Barbieri Cardoso de Melo Vieira
n.º 340111023

Faculdade de Direito – Escola do Porto
Outubro de 2018

“Our aim is not to do away with corporations; on the contrary, these big aggregations are an inevitable development of modern industrialism. ... We are not hostile to them; we are merely determined that they shall be so handled as to subserve the public good. We draw the line against misconduct, not against wealth.”

Theodore Roosevelt (State of the Union em 1902)

Agradecimentos

À minha mãe por todo o apoio

Ao André por todo o apoio e incentivo

À Professora Sofia Pais por toda a orientação e disponibilidade

Resumo

Com a presente investigação pretende-se estudar a aplicação do artigo 102º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia a situações verificadas no mercado digital e possíveis problemáticas daí derivadas, focando-se na decisão da Comissão Europeia relativa ao Caso Google Shopping. Deste modo, procuramos evidenciar os aspectos mais controversos desta decisão no que à aplicação do preceito legal diz respeito, nomeadamente a definição do mercado relevante, a caracterização do abuso identificado bem como as medidas correctivas impostas. Posteriormente, face aos elementos expostos é apresentada uma possível distinta abordagem ao assunto considerando diferentes posições adoptadas pela doutrina bem como a apresentação de uma distinta medida correctiva que face aos factos poderia colocar termo ao alegado abuso identificado. Concluiu-se que o motor de busca Google Search reúne os requisitos necessários para ser considerada uma infraestrutura essencial.

Palavras-Chave: artigo 102º do TFUE, abuso de posição dominante, leveraging abuse, infraestrutura essencial.

Abstract

In this investigation, we focus on studying the application of article 102º of Treaty on the Functioning of the European Union to situations observed in the digital market and the possible problems originated by that application. With that purpose, we focus on the Commission decision about the Google Shopping Case. We highlight the more controversial aspects of this decision related to the application of the mentioned article, namely the relevant market definition, the abuse described as well as the remedies imposed. Afterwards, considering the elements exposed, we formulate another possible resolution of the problem considering different positions defended by the doctrine. Finally, according with all the facts and opinions exposed we conclude that the general search engine Google Search should be considered an essential facility.

Key words: article 102º of TFUE, abuse of dominant position, leveraging abuse, essential facility.

Índice

1.	Introdução	1
2.	Artigo 102º TFUE	3
2.1.	Conceito de empresa	3
2.2.	Definição do mercado relevante	3
2.3.	Posição Dominante	4
2.4.	O que é considerado abuso?.....	6
2.5.	Susceptível de afectar o comércio entre os Estados Membros	8
3.	Caso Google Shopping	8
3.1.	Decisão da comissão – Caso AT.39740 Google Search (Shopping)	9
3.2.	Aspectos críticos da decisão	12
3.2.1.	Definição mercado relevante	14
3.2.2.	Abuso cometido.....	17
3.2.3.	Responsabilidade especial	21
3.2.4.	Auto-promoção e princípio de igualdade de tratamento.....	23
3.2.5.	Medidas correctivas para cessar o alegado abuso	25
4.	Actualização do direito europeu da concorrência?	26
4.1.	<i>Google Search</i> : uma infraestrutura essencial?	26
4.2.	Medida corretiva: perspectiva alternativa	30
5.	Google e o resto do mundo.....	32
6.	Conclusão	34
7.	Bibliografia.....	36
7.1.	Obras e artigos	36
7.2.	Decisões da Comissão	39
7.3.	Jurisprudência	39

Lista de Abreviaturas

CE – Comissão Europeia

Decisão da Comissão – Caso AT. 39740 – Google Search (Shopping)

EEE – Espaço Económico Europeu

EM – Estados Membros

FTC – Federal Trade Commission

TFUE – Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia

TJ – Tribunal de Justiça

1. Introdução

Ao longo dos últimos anos o mercado digital tem assumido uma preponderância inquestionável nas nossas vidas, utilizamo-lo para realizar pesquisas para trabalhos, consultar as notícias, para entretenimento e sobretudo modificou a nossa forma de comprar bens ou contratar serviços. Estas alterações tiveram um impacto profundo no mercado. Hoje em dia, este assume características distintas comparativamente com alguns anos atrás, nomeadamente através da dimensão das empresas, a versatilidade das mesmas e a forma como operam.

É irrefutável a alteração provocada pela internet no quotidiano das pessoas e inevitavelmente das empresas. Em certa medida o acesso a consumidores dispersos geograficamente tornou-se mais simples e expedito permitindo a empresas expandirem os seus negócios à escala global, conduzindo assim à criação dos “gigantes tecnológicos”. Estas grandes empresas assumem um domínio sem paralelo no mercado e conseguem dar resposta a diversas necessidades dos consumidores ao operar em vários sectores. A Google é o exemplo perfeito dessa realidade, começou com um motor de busca em 1998 e hoje em dia opera em diversas frentes, nomeadamente no sector dos livros, das telecomunicações, das viagens, dos mapas e dos serviços de comparadores de preços.

Atendendo à sua relevância nunca foi tão premente que as entidades responsáveis se encontrem atentas à regulação deste mercado. No entanto, considerando as suas particularidades é necessário salvaguardar que o direito da concorrência dos mais diversos ordenamentos se revele apto para dar resposta a novos problemas que poderão surgir. Nesse sentido, com esta dissertação pretende-se através da análise da decisão da Comissão Europeia relativa ao caso Google Shopping investigar se a interpretação feita da situação à luz do preceito legal 102º do TFUE é apropriada atendendo às características do mercado digital.

Assim, iremos num primeiro momento apresentar uma breve exposição do artigo visado nesta decisão, o artigo 102º TFUE tendo em conta que se encontra em causa uma situação de abuso de posição dominante. De seguida, iremos expor a decisão e colocar em evidência os aspetos mais controversos da mesma. Finalmente iremos face à investigação realizada equacionar uma interpretação alternativa ao caso bem como referir o entendimento seguido pelas autoridades americanas sobre um caso idêntico envolvendo a Google à luz dos preceitos americanos.

Consideramos que este caso reveste uma enorme importância na medida em que vai muito além do mercado das plataformas de comparação de preços e que o seu desfecho pode definir o entendimento sobre o funcionamento do mercado digital. Nomeadamente a forma como o Google Search foi caracterizado nesta decisão pode influenciar decisões futuras relativas a outros mercados na medida em que os motores de busca são muitas vezes a ferramenta utilizada para ter acesso a outros serviços.

2. Artigo 102º TFUE

“[...] o objectivo do direito da concorrência, e designadamente do artigo 102º, é o de proteger a concorrência e não os concorrentes[...].”¹

Este artigo “[...] é direccionado para as condutas unilaterais de empresas dominantes que agem de uma forma abusiva.”², consagrando assim um dos dois pilares do Direito Europeu da Concorrência: a proibição de abuso de posição dominante.

Cumpra no entanto ressaltar que embora o artigo 102º do TFUE vise em primeiro lugar os comportamentos unilaterais de empresas em posição dominante de acordo com a jurisprudência os abusos de posição dominante colectiva também devem ser contemplados ao abrigo deste artigo.³

Para a aplicação deste preceito é necessário que se verifiquem na situação concreta um conjunto de requisitos, designadamente, que estejamos perante a atuação de uma empresa, que esta tenha uma posição dominante no mercado capaz de afectar o comércio entre os EM e finalmente que se verifique um abuso.

Posto isto importa explicar, de uma forma breve, o que se entende por cada um dos requisitos enunciados.

2.1. Conceito de empresa

As destinatárias da proibição prevista no artigo 102º do TFUE (e do artigo 101º) são as empresas. Conforme foi definido no Acórdão *Wouters*⁴, por empresa entende-se as entidades que “exerçam uma actividade económica (ofereçam bens ou serviços no mercado), “independentemente do seu estatuto jurídico ou modo de financiamento””.⁵

2.2. Definição do mercado relevante

De forma a poder aplicar o artigo 102º cumpre, antes de mais, avaliar qual o mercado relevante em análise para posteriormente analisar se a empresa visada possui de facto uma posição dominante no mesmo. Esta relevância já foi reafirmada pelo TJ no caso

¹ Pais, Sofia Oliveira, *Entre a Inovação e a Concorrência – Em defesa de um modelo europeu*, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2011, p.451

² Tradução nossa de: “[...]is directed towards the unilateral conduct of dominant firms which act in an abusive manner.” Whish, Richard, Bailey, David, *Competition Law*, Oxford University Press, Nova Iorque, 2012, p.173

³ Casos C- 396/96 P e C-397/96 P, *Compagnie Maritime Belge c. Comissão*, para.36

⁴ Caso C – 309/99, *Wouters*, para.47

⁵ Pais, Sofia Oliveira, *cit.*, p.203

*Continental Can*⁶ onde declarou que definição do mercado relevante é de importância máxima para apurar se a situação em causa constitui um abuso ou não.

De forma a analisar o mercado relevante é necessário ter em consideração três aspectos, designadamente a substituição do lado da procura, substituição do lado da oferta e concorrentes potenciais.⁷

Revela-se ainda necessário definir o mesmo em duas dimensões: o mercado relevante do produto e o mercado relevante geográfico. Esta definição assume um papel crucial para “[...] identificar os concorrentes efectivos das empresas em causa susceptíveis de restringir o seu comportamento e de impedi-las de actuar independentemente de uma pressão concorrencial efectiva”.⁸

O primeiro consiste na substituíbilidade dos produtos atendendo ao ponto de vista do consumidor, considerando certos aspectos nomeadamente o preço, as características e utilização. Segundo já definido pela CE, o “mercado de produto relevante compreende todos os produtos e/ou serviços considerados permutáveis ou substituíveis pelo consumidor devido às suas características, preços e utilização pretendida.”⁹

Já o segundo consiste “onde o produto ou serviço é comercializado segundo condições homogêneas de concorrência”¹⁰.

Uma vez definido o mercado relevante importa apurar se a empresa em causa detém ou não uma posição dominante no mesmo.

2.3. Posição Dominante

Uma vez que o artigo 102º do TFUE não estabelece o que se entende por posição dominante coube ao TJ fazê-lo tal como aconteceu no acórdão *United Brands*. Neste, é considerada como a “posição de poder económico detida por uma empresa que lhe permite afastar a manutenção de uma concorrência efectiva no mercado em causa e lhe possibilita comportar-se, em medida apreciável, de modo independente em relação aos seus concorrentes, aos seus clientes e, finalmente, aos consumidores.”¹¹ Mais tarde, no

⁶ Caso 6/72, *Continental Can c. Comissão*, para.32

⁷ Comunicação da Comissão relativa à definição de mercado relevante para efeitos do direito comunitário da concorrência, *OJ C 372, 9.12.1997, p. 5-13*

⁸ *Ibidem*, para. 2

⁹ *Ibidem*, para.7

¹⁰ Gorjão-Henriques, Miguel, *Direito da União – História, Direito, Cidadania, Mercado Interno e Concorrência*, 7ª Edição, 2014. Coimbra: Edições Almedina, S.A, p.643

¹¹ Cf. Caso 27/76, *United Brands*, par.65

caso Hoffman-La Roche, o TJ confirmou a definição anteriormente dada no entanto destacou-se por ter dado especial ênfase à possibilidade da empresa dominante ter capacidade para influenciar a concorrência, ou melhor, as condições em que esta é feita.¹²

Posto isto, de forma a determinar se uma empresa detém uma posição dominante existem alguns indícios que devem ser tidos em consideração, nomeadamente a quota de mercado, o poder do comprador e a existência de barreiras à entrada. Ao longo do tempo a jurisprudência tem estabelecido critérios para aplicação de cada um destes indícios.

Relativamente à quota de mercado, foi estabelecido no caso Akzo que em regra uma empresa com 50% de quota de mercado é considerada dominante. No entanto atendendo à estrutura do mercado em análise no caso British Airways foi considerado que esta empresa detinha uma posição dominante com uma quota de apenas 40% na medida em que ao seu concorrente correspondia uma quota de apenas 10%. Já nos casos Companhia Marítima Belga e Microsoft estas foram definidas como super dominantes atendendo à sua quota de 90%. Enquanto o caso Companhia Marítima Belga releva por ter sido o primeiro em que o “termo “super dominante” foi utilizado pelo Advogado Geral Fennelly”¹³, já no caso Microsoft a decisão da CE “identifica que a quota de mercado acima de noventa por cento do mercado relevante, coloca a Microsoft numa posição “quase-monopolista” e numa “posição esmagadoramente dominante”.¹⁴

Quanto ao poder dos compradores pode ser relevante caso estejamos perante uma empresa dominante mas se os compradores tiverem opções alternativas, tal faculdade vai limitar a atuação da empresa dominante. Nomeadamente, “[...]a pressão concorrencial sobre as empresas vendedoras no mercado será bastante menor no caso dos compradores serem numerosos e dispersos.”¹⁵ O poder dos compradores deve ser assim encarado como um “contra-peso ao poder de mercado das empresas vendedoras.”¹⁶

Finalmente, a análise da existência de barreiras à entrada não se revela fácil na medida em que há divergências quanto ao que se entende como tal. É necessário ter em consideração dois conceitos, o conceito defendido por Stigler segundo o qual as barreiras constituíam “custos de produção que as empresas teriam de suportar para entrarem no

¹² Caso 85/76 Hoffmann La-Roche c. Comissão, par.39. Jones, Alison, Suffrin, Brenda, EU Competition Law – Text, Cases and Materials, fifth edition, Oxford University Press, p. 299

¹³ Szyszczak, Erika, “Controlling Dominance in EU Markets”, *Fordham International Law Journal*, vol.33, n.º6, (2011), p.1757

¹⁴ Ibidem.

¹⁵ Pais, Sofia Oliveira, ob. cit., p.466

¹⁶ Ibidem. Pp.466-467

mercado”¹⁷. O segundo conceito é o defendido por Bain segundo o qual devem ser consideradas como barreiras à entrada “as vantagens dos vendedores no mercado sobre potenciais empresas que nele desejassem entrar”.¹⁸

Uma vez detetada uma posição dominante é necessário apurar a existência de um abuso dessa posição, caso contrário não existe fundamento para aplicar o artigo 102º do TFUE.

2.4. O que é considerado abuso?

Conforme acontece com os conceitos acima descritos, o artigo 102º do TFUE também não fornece nenhuma definição de abuso. No entanto a doutrina tem-se ocupado da matéria, sendo que existem dois conceitos distintos que merecem a nossa atenção, o abuso de exploração e o abuso de exclusão.

De acordo com a doutrina francesa Joliet, conceito restrito de abuso, o que o artigo 102º proíbe são os abusos, não a posição dominante em si mesma. Apenas condutas que prejudiquem os consumidores (ex. preços excessivos) são abusos proibidos pelo 102º do Tratado. Estes são denominados como abusos de exploração.¹⁹

Já de acordo com a doutrina alemã de Mestmacker vigora um conceito lato. Segundo esta doutrina o artigo 102º do TFUE proíbe condutas de empresas em posição dominante que excluem os concorrentes e que de forma mediata prejudicam os consumidores. Estes são denominados abusos de exclusão.²⁰

De acordo com Richard Whish e David Bailey, a verdade é que este artigo contempla os dois tipos de abuso, nomeadamente na alínea a) do número 2 do artigo surge um exemplo de abuso de exploração²¹ no entanto é claro que este artigo tem sido mais aplicado ao comportamento que constitui um abuso de exclusão²²

¹⁷ Ibidem, p.467

¹⁸ Ibidem, p.467

¹⁹ Behrens, Peter, “The ordoliberal concept of “abuse” of adominant position and its impact on Article 102 TFEU”, Discussion Paper, No. 7/15, Europa-Kolleg Hamburg, Institute for European Integration, Hamburg, (2015), pp. 25-26

²⁰ Ibidem, pp. 21-22

²¹ Whish, Richard, Bailey, David, ob. Cit., p. 202

²² Ibidem.

Por seu lado a jurisprudência também tem procurado ao longo dos anos definir este conceito. Primeiro nos acórdãos *Continental Can*²³ e *Hoffmann La-Roche*²⁴, tendo sido mais tarde aprofundado no acórdão *Post Danmark*.²⁵

O facto de uma empresa deter no seu mercado relevante uma posição dominante não é por si só proibida. No entanto o que é condenável, ao abrigo do direito europeu da concorrência, é que uma empresa com base na sua posição tome medidas que coloquem em causa o bom funcionamento do mercado, prejudicando concorrentes e consequentemente os consumidores. Sintetizando, não é permitido que abuse da posição dominante alcançada. Assim sendo a jurisprudência europeia tem entendido que as empresas nesta posição têm uma responsabilidade especial.²⁶

Quanto à necessidade de se verificar um nexo de causalidade entre o abuso e a posição dominante a questão também não se revela pacífica. Inicialmente o TJ considerava que não era necessário verificar-se tal nexo²⁷, tendo apenas mais tarde assumido a exigência de observância desse facto. Nos casos *Tetra Pak*²⁸ e *Irish Sugar*²⁹ essa conexão foi considerada relevante.

De forma a avaliar a conduta de uma empresa importa ainda apurar a intenção da empresa para verificar a existência de um abuso. Mais uma vez o entendimento quanto a este requisito não tem sido pacífico embora neste momento possa ser considerado que é necessário verificar-se uma intenção por parte da empresa³⁰.

Finalmente importa ainda saber se as empresas podem invocar razões objectivas para justificar o abuso. Primeiro cumpre ressaltar que ao contrário do verificado no artigo 101º do TFUE, no artigo 102º não existe nenhum número com situações em que a proibição ali prevista não se aplica. No entanto têm sido desenvolvidas hipóteses onde o comportamento à partida proibido pode ser permitido. Nomeadamente a Comunicação sobre o artigo 102º do TFUE prevê a possibilidade de ser invocado pelas empresas

²³ Caso 6/72, *Continental Can c. Commission*

²⁴ Caso C-85/76 *Hoffmann-La Roche c. Commission*

²⁵ Caso C-23/14 *Post Danmark c. Konkurrenceradet*

²⁶ Nomeadamente no Caso C-322/08 *Deutsche Telekom AG c. Comissão Europeia*, Caso C – 23/14 *Post Danmark c. Konkurrenceradet* como teremos oportunidade de aprofundar mais adiante.

²⁷ Caso 85/76, *Hoffman la Roche c. Comissão*, para.91

²⁸ Caso C-333/94 P, *Tetra Pak c. Comissão*, para 27

²⁹ Caso T-228/97 *Irish Sugar c. Comissão*, para. 66

³⁰ Casos C- 62/86 *Akzo c. Comissão*, para.65 e *Tetra Pak*, cit.

necessidade objectiva ou ganhos de eficiência de forma a justificar o abuso cometido. No acórdão Tetra Pak³¹ tal possibilidade já tinha sido discutida.

2.5. Susceptível de afectar o comércio entre os Estados Membros

Este requisito, transversal aos artigos 101º e 102º do TFUE, significa que as condutas proibidas visadas por estes são apenas aquelas que possam colocar em causa o comércio entre os Estados Membros. Este requisito é reiterado nas orientações sobre o conceito de afectação do comércio entre os Estados-Membros previsto nos artigos 81º e 82º do Tratado.³²

Conforme o previsto nestas orientações, este requisito representa um critério de origem jurisdicional e que limita o âmbito de aplicação do direito europeu da concorrência.³³

3. Caso Google Shopping

A Comissão Europeia, enquanto entidade reguladora da concorrência no mercado interno, tem desempenhado um papel muito activo na pesquisa e investigação de condutas susceptíveis de constituírem uma violação ao direito europeu da concorrência. Nesse sentido nos últimos anos a CE tem estado particularmente atenta à conduta de empresas tecnológicas como a *Intel*³⁴ ou *Microsoft*³⁵ e mais recentemente foi a vez da Google ser alvo de investigações. Atendendo à crescente importância do mercado digital, entendemos relevante abordar a primeira das três decisões relativas a investigações que dizem respeito à Google³⁶, na medida em que esta pode definir e estabelecer um

³¹ Caso Tetra Pak, cit., para.37

³² Comunicação da Comissão - Orientações sobre o conceito de afectação do comércio entre os Estados-Membros previsto nos artigos 81º e 82º do Tratado, ponto 7

³³ Ibidem. ponto 12

³⁴ Decisão da Comissão de 13 de Maio de 2009 (Proc. COMP/C-3/37.990).

³⁵ Decisão da Comissão de 24 de Março de 2004 (Processo COMP/C-3/37.792 – Microsoft) e Decisão da Comissão de 6 de Março de 2013 (Caso AT. 39539) relativa a venda ligada de produtos (relativo ao navegador Internet Explorer).

³⁶ Caso Google Shopping: Decisão da Comissão de 27 de Junho de 2017 (Caso AT.39740 Google Search (Shopping)). Mais recentemente a CE também comunicou a sua decisão quanto ao caso Google Android: Decisão da Comissão de 18 de Julho de 2018 (Caso AT. 40099) mas cujo conteúdo ainda não foi publicamente divulgado. Embora através do comunicado de imprensa divulgado se saiba que a CE considerou provado que a Google uma vez mais abusou da sua posição dominante condenando-a ao

precedente para decisões futuras. Assim, pretendemos ao longo das próximas páginas abordar e explorar a investigação que tem sido levada a cabo relativamente à conduta da *Google Search* e *Google Shopping*.

3.1. Decisão da comissão – Caso AT.39740 Google Search (Shopping)

O caso Google relativo ao serviço de comparação de preços, Google Shopping, representa um dos casos da CE com mais repercussão mediática. Além de estar em causa a conduta de um gigante tecnológico, este caso também representou, até então³⁷, a aplicação da multa mais elevada: 2 mil 424 milhões e 495 euros. Esta decisão é dirigida tanto à Google Inc. como à sua empresa-mãe Alphabet Inc. Segundo a CE encontra-se em causa a violação do artigo 102º do TFUE e do artigo 54º do acordo sobre o EEE³⁸. A análise foi levada a cabo em 13 países do EEE, Áustria, Bélgica, República Checa, Dinamarca, França, Alemanha, Itália, Holanda, Noruega, Polónia, Espanha, Suécia, e o Reino Unido.³⁹

Esta decisão controversa da CE resulta de uma longa investigação que teve o seu início em 2010, tendo ficado marcada por tentativas de acordo que permitissem cessar a alegada prática abusiva. Essas tentativas, contudo, nunca foram bem-sucedidas, culminando assim na decisão tornada pública no dia 27 de Junho de 2017. Iremos resumir este processo em alguns pontos chave.

A investigação iniciou-se na sequência da apresentação de várias queixas de empresas concorrentes alegando que a Google estava a fazer uso da sua posição dominante, nomeadamente o *Google Search*, para favorecer os serviços de comparação preços oferecidos por uma empresa do grupo, a *Google Shopping*, em detrimento de serviços concorrentes. A Google estaria a corromper a concorrência ao favorecer os seus serviços em detrimento dos seus concorrentes.

pagamento de uma multa no valor de 4.34 mil milhões de Euros, superando assim a multa aplicada no ano anterior no caso Google Shopping. Finalmente o caso Google AdSense ainda se encontra sob investigação.

³⁷ Sendo que em 2018 a Comissão anunciou uma multa mais pesada para sancionar o abuso cometido pela Google no âmbito do caso *Google Android* (Decisão da Comissão sobre o Caso *Google Android* – Caso AT 40099 de 18 de Julho de 2018)

³⁸ Decisão da Comissão Europeia, p.7

³⁹ Antitrust: Commission fines Google on €2.42 billion for abusing dominance as search engine by giving illegal advantage to own comparison shopping service – Factsheet, Junho de 2017, disponível em http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-17-1785_en.htm, consult. em 15/06

As empresas alegavam que os seus produtos eram prejudicados tanto nos resultados gerais de uma pesquisa que não se pagam, também denominados como *organic search results*, bem como nos links patrocinados que tanto surgem no lado direito da página dos resultados ou no topo dela.

Na sequência de tais queixas a CE deu início, no âmbito dos poderes atribuídos pelo artigo 2º, n.º1 do Regulamento 773/2004, às investigações à conduta visada. Assim em Março de 2013 a comissão informou formalmente a Google da sua conclusão preliminar sobre o facto de que 4 práticas comerciais levadas a cabo pela Google poderiam constituir uma violação às regras de concorrência da UE. Nomeadamente o tratamento mais favorável concedido aos seus produtos dentro dos resultados de pesquisa, destacando-se os serviços de pesquisa especializada da Google, comparativamente com os serviços concorrentes. A utilização de conteúdo de terceiros, sem o seu prévio consentimento, bem como celebração de contratos de exclusividade com outros sites ficando estes obrigados a obter da Google a maior parte da sua publicidade, prejudicando os serviços de intermediação de *search-advertising*. Neste campo ainda restringiu a possibilidade aos clientes de transferirem as suas campanhas de publicidade online para outras empresas rivais.⁴⁰

“A conclusão preliminar da investigação da Comissão iniciada em novembro de 2010 é que a Google dá sistematicamente um tratamento favorável ao seu serviço comparador de preços (atualmente denominado «Google shopping») nas suas páginas de resultados, dando maior visibilidade ao Google shopping no ecrã. Desta forma, a Google pode orientar artificialmente o tráfego, desviando-o dos serviços comparadores de preços concorrentes e prejudicando a capacidade de estes competirem no mercado. A Comissão receia que os utilizadores não vejam necessariamente os resultados mais significativos em resposta às suas pesquisas, o que prejudica os consumidores e asfixia a inovação.”⁴¹

Após várias tentativas frustradas de alcançar um acordo com a Google de forma a que esta cessasse o alegado abuso, a CE decidiu a 14 de Julho de 2016, nos termos do artigo 11º, n.º6 do regulamento do Conselho N.º 1/2003 e do artigo 2º, n.º 1 do Regulamento da Comissão N.º 773/2004, dar início ao procedimento contra à empresa

⁴⁰Antitrust: la Commission demande un retour d’information sur les engagements proposés par Google pour résoudre ses inquiétudes en matière de concurrence, disponível em http://europa.eu/rapid/press-release_IP-13-371_fr.htm, visitado em 9/06

⁴¹Antitrust: Comissão envia Comunicação de Objeções (CO) à Google relativamente a serviço comparador de preços; inicia procedimento formal de investigação distinto sobre o sistema Android, disponível em http://europa.eu/rapid/press-release_IP-15-4780_pt.htm, visitado em 9/06

mãe da Google, a Alphabet Inc. no caso AT.39740. A CE clarifica que a sua intenção com esta investigação é apurar a forma como a Google apresenta o seu serviço de comparação de preços e o dos seus concorrentes nos resultados gerais de pesquisa.⁴²

Finalmente a 27 de Junho de 2017 a CE anunciou a decisão das suas investigações que resultou na aplicação da multa no valor de mais de 2 mil milhões euros. A CE considerou assim provado que foi praticado abuso de posição dominante no caso Google Shopping. “A decisão insta a Google e a sua empresa-mãe, a Alphabet Inc. («Alphabet»), a pôr imediatamente termo à infração, e aplica à Alphabet Inc. e à Google Inc. uma coima pelo seu comportamento abusivo no período de 1 de janeiro de 2008 até à atualidade”.⁴³

De acordo com o entendimento seguido pela CE este tratamento preferencial dado à Google Shopping em detrimento dos seus concorrentes conduziu à diminuição do tráfico/fluxo nos sites concorrentes. Segundo a CE, a Google cometeu um abuso ao promover “o seu próprio serviço de comparação de preços nos seus resultados de pesquisa e despromovendo os dos concorrentes”⁴⁴. Adicionalmente foi ainda estabelecida uma conexão entre o posicionamento do site de comparação de preços na página de resultados da Google Search com o número de visitas recebidas.⁴⁵ Segundo declarações da comissária Margrethe Vestager, a conduta da Google é ilegal negando “a outras empresas a possibilidade de competir com base nos seus méritos e de inovar. Mais importante ainda, negou aos consumidores europeus uma escolha genuína de serviços e a possibilidade de tirar pleno partido dos benefícios da inovação.”⁴⁶

Na sequência da decisão da CE a Google adoptou algumas medidas de forma a alterar a conduta considerada pelo regulador europeu como um abuso. Para tal, a Google criou um sistema de leilão através do qual qualquer concorrente que forneça serviços de comparação de preços pode licitar para ter acesso à *Shopping Unit*. De forma a que esta

⁴² A Comissão Europeia anuncia a abertura de um processo ao Grupo Alphabet detentor da Google Shopping, disponível em http://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/39740/39740_14009_3.pdf, visitado em 10/06.

⁴³ Resumo da decisão da comissão europeia de 27 de junho de 2017 - Processo AT.39740 — Google Search (Shopping), disponível em [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52018XC0112\(01\)&from=EN](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52018XC0112(01)&from=EN), consult. em 10/05

⁴⁴ *Ibidem*.

⁴⁵ Decisão da Comissão, para. 363: “As indicated in recitals (475) to (477), the visibility trends for the competing comparison shopping services in Google's general search results pages closely match the evolution of generic search traffic from Google's general search results pages, indicating that the lower their visibility in Google's general search results pages, the less traffic competing comparison shopping sites get.”

⁴⁶ Comunicado de imprensa da comissão europeia, 27 de Junho de 2017, disponível em http://europa.eu/rapid/press-release_IP-17-1784_pt.htm, consult. em 02/2018

atribuição se processe em termos iguais para a Google Shopping e os seus concorrentes, a Google decidiu que a Google Shopping começasse a operar como se de um negócio distinto se tratasse, de maneira a garantir a igualdade de tratamento ao longo deste processo. Assim, sendo um negócio distinto esta só licitará até ao valor considerado lucrativo, tal como qualquer outra empresa.⁴⁷

A adopção destas medidas encontram-se actualmente a ser monitoradas pela CE.

Finalmente, a 11 de Setembro de 2017 foi interposto recurso da decisão da CE por parte da Google Inc. e Alphabet Inc. para o Tribunal Geral.⁴⁸ Assim, agora cabe aguardar pelo entendimento do tribunal quanto a esta decisão da CE.

3.2. Aspectos críticos da decisão

“The investigation against Google is, on one hand, an example of complex questions, which are posed to competition law in Digital Economy. On the other hand, it is a “peak of an iceberg” in a much broader context.”⁴⁹

As inúmeras posições por parte da doutrina que este caso tem gerado, muitas vezes antagónicas, são ilustrativas da novidade e da complexidade referida e de como se pode tornar num caso paradigmático para sustentar decisões futuras. Entendemos que este caso poderá tornar-se essencial para o direito da concorrência europeu, representando mesmo um marco, criando um ponto de viragem entre a era pré e pós caso Google Shopping. Atendendo às alterações que a estrutura do mercado tem sofrido ao longo dos últimos anos, como por exemplo o aumento da importância das plataformas digitais no mesmo, importa que as normas europeias acompanhem essas alterações de forma a não se tornarem obsoletas.

Este caso tem recebido algumas críticas quanto à sua fundamentação passíveis de colocar em causa a decisão alcançada. De acordo com Alfonso LaMadrid esta decisão apresenta diversas falhas, nomeadamente aponta que a CE “[...]considerou a Google dominante contra aos indícios do caso, definiu o mercado relevante sem considerar as empresas que operam no mercado online shopping, ignorou que os consumidores não se encontram obrigados a recorrerem à Google, assumiu que a perda de fluxo das empresas

⁴⁷ Fountoukakos, Kyriakos, Vesterdorf, Bo, “An Appraisal of the Remedy in the Commission’s Google Search (Shopping) Decision and a Guide to its Interpretation in Light of an Analytical Reading of the Case Law”, *Journal of European Competition Law & Practice*, Volume 9, n.º1 (2018), p.5

⁴⁸ Caso T – 612/17, Google e Alphabet c. Comissão

⁴⁹ Surblyté, Gintaré, “Competition Law at the Crossroads in the Digital Economy: is it all about Google?”, *EuCML*, n.º 5, 2015, p.170

concorrentes se deveu à conduta da Google e evitou aplicar uma medida corretiva específica.”⁵⁰ Já Beata Maihaniemi afirma que este caso representa o mais recente exemplo das dificuldades sentidas pelas autoridades de regulação na aplicação das leis existentes da concorrência à realidade das novas tecnologias.⁵¹

De acordo com a sustentação e posição da CE o que se encontra aqui em causa é a salvaguarda da concorrência com base no mérito (*competition on the merits*).

Parece-nos claro que o objectivo principal da CE passa por garantir que a concorrência entre as empresas é regida por princípios de equidade e igualdade de oportunidades entre concorrentes. Tal como resulta das declarações do então comissário responsável pela área do direito da concorrência, Joaquín Almunia, que em 2014 afirmou que as rondas de negociações com a Google tinham como objectivo encontrar uma solução de forma a garantir que os serviços de comparação de preços possam competir de uma forma justa com o serviço especializado oferecido pela Google.⁵²

Caso fosse necessário, para ilustrar este caso apenas em alguns termos surgiriam com certeza palavras como igualdade de tratamento, search neutrality, concorrência com base no mérito, auto-promoção, rival demotion. Uns já foram aplicados em decisões anteriores, outros representam conceitos susceptíveis de alargar a aplicação do artigo 102º do TFUE a situações nunca antes visadas. Esta problemática torna este caso controverso na medida em que se baseia em conceitos sem uma definição clara. Neste sentido, autor Aurelien Portuese afirmou que esta decisão baseia-se em conceitos ambíguos, enunciando particularmente o “implicit quest for search neutrality”, bem como em percepções erradas das estratégias empresariais da Google.⁵³

O que se encontra aqui em questão é um alegado abuso da posição dominante, detida pela *Google Search*, que consiste no tratamento privilegiado dado a uma empresa do mesmo grupo, a Google Shopping. Ora tal prática foi considerada como susceptível

⁵⁰ Tradução nossa de: “...assume dominance against indications of the case law, define a relevant market ignoring the main actors active in online shopping, ignore the fact that consumers are not locked-in Google, assume that the loss of traffic of some specific companies is due to Google not considering other plausible scenarios and avoid apelling out a remedy.” LaMadrid, Alfonso, Google Shopping- First urgent comments, disponível em <https://chillingcompetition.com/2017/06/27/google-shopping-decision-first-urgent-comments/> consultado em 9/06 e 26/08.

⁵¹ Maihaniemi, Beata, “The role of innovation in the analysis of abuse of dominance in digital markets”, Market and Competition Law Review, vol.1, n.º 1, (2017), p.113

⁵² Tradução nossa: “The latest round of negotiations over the last weeks focused on how Google would ensure that rival specialised search services can fairly compete with Google's services.” in “Statement on the Google investigation, disponível em http://europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-14-93_en.htm , consult. em 15/07.

⁵³ Portuese, Aurelien, “When demotion is Competition: Algorithmic antitrust illustrated”, *Concurrences*, n.º2, (2018), p. 29

de prejudicar a concorrência e consequentemente os consumidores. A CE considerou que a conduta em causa constituía um *leveraging abuse*, tal como o chefe da unidade Antitrust: IT, Internet and Consumer Electronics, da Direção Geral da Concorrência da Comissão Europeia, Nicholas Banasevic⁵⁴ teve oportunidade de explicitar. Este tipo de abuso será alvo de uma análise mais aprofundada mais adiante.

Esta decisão adoptada pela CE tem suscitado muita discussão na doutrina e encontra-se longe de reunir consenso na comunidade jurídica. Com base naquilo que já foi escrito e nas opiniões que já foram expressadas, estas divergências prendem-se sobretudo com os argumentos que sustentam a decisão da CE. Assim ao longo das próximas páginas tentaremos explicitar as principais questões levantadas por esta decisão e às quais o TG, para onde a Google recorreu de tal decisão, terá de dar resposta.

Tal como acima foi exposto, para se considerar que a conduta de uma empresa constitui um abuso ao abrigo do disposto na legislação europeia é necessário que se verifiquem determinados requisitos. É precisamente na verificação (ou na falta) destes que a discussão se tem centrado. Assim iremos proceder à explicação dos aspectos que consideramos mais relevantes e cuja não verificação poderá significar uma decisão por parte do Tribunal Geral contrária à decisão da CE.

3.2.1. Definição mercado relevante

Conforme acima já foi explicitado, neste âmbito importa definir o mercado relevante do produto bem como o mercado relevante geográfico. A definição do mercado relevante é fulcral para a determinação do futuro do caso na medida em que é através desta que posteriormente se irá avaliar se existe uma posição dominante ou não. Tal como Miguel Sousa Ferro, afirma a “definição de mercados no direito da concorrência [...] é o de permitir, quando necessário, a análise da importância e impacto de práticas no mercado, com vista à determinação da sua admissibilidade ou proibição, da extensão da responsabilidade pessoal e quantificação da coima, ou da atribuição de direitos e obrigações às empresas em causa [...]”.⁵⁵

⁵⁴ The Google Shopping Decision – Concurrences LunchTalk, 18 de Janeiro de 2018, Brussels, disponível em <https://www.concurrences.com/fr/conferences/the-google-shopping-decision-85723> , visitado em 31/08

⁵⁵ Ferro, Miguel Sousa (2015), *A Definição de Mercados Relevantes no Direito Europeu e Português da Concorrência*, Coimbra: Edições Almedina, p.655

Ora neste caso a definição da primeira dimensão referida tem suscitado muitas dúvidas quanto à procedência do raciocínio conduzido pela CE.

A comissão considerou que o mercado relevante do produto era constituído pelo mercado dos motores de busca generalizados e pelo mercado dos serviços de comparação de preços.⁵⁶ O ponto que tem gerado mais controvérsia, quanto à definição do mercado, prende-se com o facto de a CE ter considerado que os serviços de comparação de preços constituem um mercado distinto das plataformas de vendas (*merchant platforms*). Ou seja, as plataformas como a *Amazon* e o *eBay* não foram consideradas para o efeito concorrentes do *Google Shopping*.

A CE na sua decisão explica ainda que, embora ambos reúnam num mesmo sítio diferentes propostas, estes possuem finalidade distintas. Enquanto no serviço fornecido pela Google Shopping os utilizadores apenas podem comparar os preços dos produtos, sendo posteriormente o consumidor reencaminhado para a página do vendedor do produto, já numa plataforma de vendas além de terem essa comparação podem na mesma plataforma adquirir o produto pretendido bem como usufruem serviço de pós-venda.⁵⁷

A CE alegou ainda que a perceção que os consumidores têm dos serviços de comparação de preços e das plataformas de vendas é distinto, logo não satisfazem assim o requisito de substituíbilidade.⁵⁸

Ora não conseguimos concordar com esta posição da CE na medida em que consideramos que podem ser considerados substituíveis do lado da procura mas também da oferta. Quanto muito consideramos que estas plataformas de vendas podem ser consideradas melhores e que fornecem uma experiência mais completa ao consumidor uma vez que não precisam de ser reencaminhados para outra página para adquirirem produtos pretendidos. No entanto antes de decidirem qual o produto que vão comprar, os consumidores têm a faculdade de comparar as diferentes ofertas que foram reunidas pela plataforma como fariam caso recorressem a um site de comparação de preços.⁵⁹ Desta forma concordamos com a posição de Sébastien Broos e Jorge Marcos Ramos, segundo

⁵⁶ Decisão da Comissão, cit., para. 154

⁵⁷ Decisão da Comissão, cit., par.217, 218 e 219

⁵⁸ Ibidem, para.220 (6)

⁵⁹ Broos, Sébastien, Jorge Marcos Ramos, “Google, Google Shopping and Amazon: The Importance of Competing Business Models and Two-Sided Intermediaries in Defining Relevant Markets”, *The Antitrust Bulletin*, vol.62, nº2, (2017), p. 14, disponível em https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2696045, consult. em 25/09

os quais através do exemplo da Amazon consideram que esta e a Google são usadas com o mesmo propósito, que passa por encontrar um determinado produto.⁶⁰

Quanto ao argumento da percepção dos consumidores, consideramos que esta não será a pergunta indicada para apurar de facto como um produto é utilizado. Podemos saber qual é a utilidade de um produto mas isso não significa que não possa ser usado para outra finalidade, ou uma finalidade complementar, que neste caso seria comparar os produtos de fornecedores distintos com diferentes preços. Concordamos assim com a posição defendida por Olivier Bethell, “the market definition is, hence, overly formalistic in its analysis of the characteristics of the market, and loses complete sight of how people actually shop online.”⁶¹ Esta perspectiva é igualmente defendida por Gintaré Surblyté que considera que a análise da concorrência no mercado digital deve ser levada a cabo atendendo ao comportamento dos consumidores⁶².

Assim não basta analisar a finalidade dos serviços prestados, mas também considerar como o consumidor utiliza efectivamente o serviço que se encontra ao seu dispor. *Data* é a nova moeda, a moeda no mundo digital. Assim, conforme é realçado por Gintaré Surblyté, o elemento mais relevante na avaliação da concorrência já não são os preços mas sim o comportamento dos consumidores. O serviço que atrair mais utilizadores consegue recolher mais dados e consequentemente rentabilizar o seu negócio através de publicidade.⁶³

Neste sentido defendemos que, contrário do que se possa pensar à primeira vista, a percepção que se tem sobre algo pode não corresponder ao fim para o qual é utilizado. Os consumidores sabem que a Amazon serve para comprar bens mas isso não significa que também não possam utilizar essa plataforma para comparar preços antes de avançarem com a aquisição. Aliás consideramos que uma das principais vantagens desta plataforma é precisamente reunir num único sítio o produto pretendido com vários preços diferentes e de vários fornecedores. Não será de todo irrelevante o facto de, no relatório no qual a comissão se baseou, 40% dos inquiridos terem considerado a Amazon como uma plataforma de comparação de preços.

⁶⁰ *Ibidem.* p.13

⁶¹ The Google Shopping Decision – Concurrences LunchTalk, cit.

⁶² Surblyté, Gintaré, “Competition Law at the Crossroads in the Digital Economy: is it all about Google?”, *Journal of European Consumer and Market Law*, n.º 5, (2015), p.178

⁶³ Surblyté, Gintaré, *ob. cit.*, p.178

Atendendo à volatilidade do mercado digital e o constante aparecimento de novos intervenientes, além das plataformas de vendas também consideramos relevante, que provavelmente em decisões futuras sejam considerados outros intervenientes como por exemplo as redes sociais. Inclusive o Facebook já é considerado como uma alternativa aos motores de busca em certas circunstâncias⁶⁴, notamos aliás que este já dispõe de uma Marketplace própria. Valeria Falce e Massimiliano Granieri já alertaram nesse sentido, segundo os quais “[...]the market in which the search engines operate is fast growing, new operators and services can rapidly enter the market: this is the case of specialized search (e.g. Amazon, Idealo, Guides, Expedia or eBay, as well as of social networks [...]).”⁶⁵ Conforme Marina Lao⁶⁶ realça, “a duração do poder de mercado tende a ser cada vez menor atendendo à dinâmica do mercado, à constante evolução dos produtos bem como ao aparecimento frequente de novos concorrentes e novas formas de concorrência susceptíveis de alterar a concorrência”.

Com esta nota salvaguardamos a rapidez com que surgem novos intervenientes no mercado digital bem como a sua polivalência, fazendo prever que se torne cada vez mais difícil definir o mercado relevante de acordo com os critérios traçados.

Posto isto, caso as plataformas de vendas tivessem sido consideradas como parte integrante do mercado relevante dos serviços de comparação de preços provavelmente o domínio da Google não teria sido comprovado e não tinha sido levado a cabo nenhuma investigação. No entanto, atendendo que não foi esse o entendimento da CE, importa igualmente dissecar os demais aspectos controversos desta decisão.

3.2.2. Abuso cometido

Revela-se essencial discutir a identificação do abuso na medida em que não só é a prática que se encontra em causa bem como tem sido um aspecto muito debatido pela doutrina, sobretudo pelas suas implicações. A discussão centra-se não só no tipo de abuso

⁶⁴ Lao, Marina, Search, Essential Facilities, and the Antitrust Duty to Deal, *Northwestern Journal of Technology and Intellectual Property*, vol. 11, n.º5, (2013), p.293 disponível em https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2128613, consult. em 27/09/2018

⁶⁵ Falce, Valeria, Massimiliano Granieri, “Search Design Policy, Digital Disruption and Competition Law”, *Market and Competition Law Review*, Vol. I, n.º2, (outubro 2017), p.42

⁶⁶ Tradução nossa: “Durability of market power is also less likely in a dynamic market, where products constantly evolve, and new competitors (and new forms of competition) frequently emerge to change the face of competition” in Lao, Marina, ob. cit., p.296

defendido pela CE mas também pelas obrigações impostas à empresa de forma a cessar o mesmo. John Temple Lang, defendeu inclusive que com base numa interpretação tradicional do artigo 102º do TFUE a conduta em causa não representa nenhum abuso.⁶⁷

De acordo com o disposto na decisão o abuso em causa consiste “no posicionamento mais favorável, na página de resultados da *Google Search* do serviço da Google de comparação de preços comparativamente com os serviços de comparação de preços concorrentes.”⁶⁸

Em Janeiro de 2018 este caso foi discutido numa conferência promovida pela revista *Concurrences* em Bruxelas. Nessa conferência, Ioannis Lianos, o moderador, expressou a sua opinião no sentido que este caso tem sido muito discutido atendendo a perspectiva económica, mas não tem sido dada muita atenção ao *duty of equal treatment* e *fairness*⁶⁹.

Como já tivemos oportunidade de explanar, a posição dominante de uma empresa no mercado não é por si só proibida. Para se verificar uma violação do direito europeu da concorrência é necessário que seja detetado um abuso dessa posição que seja susceptível de falsear a concorrência.

Embora não se encontre a expressão *leveraging abuse* na decisão, foi um dos próprios elementos que conduziram a investigação que a caracterizou como tal, Nicholas Banasevic⁷⁰. Após uma longa investigação a CE concluiu que a conduta levada a cabo pela Google constituía um *leveraging abuse*, isto é, verificava-se um favorecimento da empresa com posição dominante de um serviço fornecido por uma empresa do mesmo grupo num mercado relacionado em detrimento das empresas concorrentes. Ora de acordo com a Comissão tal conduta coloca em causa a concorrência com base no mérito, provocando uma concorrência falseada. Este ponto tem sido amplamente discutido pela doutrina, conforme a seguir se expõe.

⁶⁷ Lang, John Temple, “Comparing Microsoft and Google: The Concept of Exclusionary Abuse”, *World Competition* 39, nº1 (2016), p. 5

⁶⁸ Tradução nossa: “the more favourable positioning and display, in Google’s general search results pages, of Google’s own comparison shopping service compared to competing comparison shopping services” in Decisão da Comissão, cit., para. 7.2

⁶⁹ Vídeio gravado no âmbito da conferência The Google Shopping Decision – *Concurrences* LunchTalk, cit., disponível em <http://www.concurrences.com/en/conferences/the-google-shopping-decision>, consult. em 31/08

⁷⁰ The Google Shopping Decision – *Concurrences* LunchTalk, cit.

Conforme a CE ressalva na decisão, apenas pode ser garantida uma concorrência não falseada caso exista igualdade de oportunidades entre os vários operadores económicos.⁷¹

Relativamente ao argumento de que este abuso não se encontra previsto no artigo 102º do TFUE, este não pode ser tido em conta na medida em que a CE realça desde logo que a enumeração presente no artigo 102º não representa uma enumeração exaustiva, mas sim exemplificativa⁷². Isto foi igualmente clarificado pelos autores Richard Whish e David Bailey⁷³ e já estatuído pelo TJ⁷⁴, logo não será por não se encontrar previsto, nem no artigo 102º nem nas orientações da CE para a aplicação deste artigo do TFUE⁷⁵, que o mesmo será invalidado.

Na génese do *leveraging abuse*, que consiste numa prática de *active favouring*, identificado pela CE encontra-se a vontade de garantir que se verifica concorrência com base no mérito. “In the leveraging context, the notion of not competing on the merits reflects how a product may perform better in the market not because of its own merits, but due to an advantage that it derives via the dominant position.”⁷⁶

Este tipo de abuso já tinha sido invocado noutros casos, nomeadamente nos casos Microsoft⁷⁷ e Tetra Laval⁷⁸. Segundo Thomas Hoppner a proibição de estratégias baseadas numa política de alavanca deve-se ao princípio geral do direito europeu da concorrência, concorrência com base no mérito. Segundo este “[...]o poder de mercado detido por uma empresa num determinado mercado principal não pode ser estendido a um mercado separado, mas relacionado, através de meios que coloquem em causa a concorrência com base no mérito[...]”.⁷⁹

⁷¹ Tradução nossa: “A system of undistorted competition can be guaranteed only if equality of opportunity is secured as between the various economic operators” in Decisão da comissão europeia de 27 de Junho de 2017 – caso AT. 39740, para.331, disponível em http://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/39740/39740_14996_3.pdf, consultado em 17/09

⁷² Ibidem. para. 335

⁷³ Whish, Richard, Bailey, David, *ob. cit.*, p.193

⁷⁴ Caso C- 280/08P Deutsche Telekom, para.173

⁷⁵ Comunicação da Comissão – Orientação sobre as prioridades da Comissão na aplicação do artigo 82º do Tratado CE a comportamentos de exclusão abusivos por parte de empresas em posição dominante, disponível em <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2009:045:0007:0020:PT:PDF>, consult. em 17/09

⁷⁶ Banasevic, Nicholas, Lessons from the Google Shopping decision, *Concurrences*, n.º2, 2018, p. 31

⁷⁷ Caso T- 201/04, Microsoft c. Comissão

⁷⁸ Caso T-5/02, Tetra Laval c. Comissão, para. 41

⁷⁹ Tradução nossa: “[...]that market power on the primary market may not be extended to a separate, but related, market by means that deviate from competition on the merits[...]” in Hoppner, Thomas, “Duty to Treat Downstream Rivals Equally: (Merely) a Natural Remedy to Google’s Monopoly Leveraging Abuse”, *Competition & Regulation Law Review*, n.º3, (2017), p.211

Embora o abuso em causa tenha sido identificado de forma distinta, entendemos que ao longo de toda a decisão a CE analisou a situação como se estivesse em causa uma infraestrutura essencial, mas sem nunca caracterizar como tal. Vários autores manifestaram-se neste sentido, nomeadamente Aurelien Portuese segundo o qual o tratamento dado pela CE ao motor de busca Google em muito se assemelha a uma “quasi-essential facility.”⁸⁰ É certo que este caso apresenta algumas características semelhantes a de uma situação recusa de fornecimento (pelo menos da forma como é descrita pela CE) no entanto se assim fosse, atendendo às práticas descritas nas orientações, esta situação apenas poderia eventualmente enquadrar-se na prática “recusa de concessão de acesso a uma instalação ou a uma rede essencial”⁸¹. Ora para tal ser possível a Google teria de caracterizada como uma infraestrutura essencial, o que não foi o entendimento seguido pela CE. Logo não o sendo, “[...] uma empresa com posição dominante sem uma infraestrutura essencial nunca tem a obrigação de os ajudar”[os seus concorrentes].⁸² Não conseguimos evitar questionar se a CE pretendia inicialmente encarar este caso como estando perante uma infraestrutura essencial, mas por não entender estarem reunidos os requisitos necessários enquadrou a situação como *leveraging abuse*. No entanto mais adiante teremos oportunidade de aprofundar esta problemática.

Independentemente desta problemática, a CE considerou que a prática levada a cabo pela *Google Search* constitui um favorecimento ativo a uma empresa sua adjacente, a Google Shopping, que provoca prejuízos aos consumidores e outros concorrentes. A CE defendeu que esta prática teve influência direta na perda de tráfego em alguns sites concorrentes de comparação de preços. “Google's desire to obtain more traffic by prioritizing its own services in its search results threatens to stifle competition and ultimately hurt consumers.”⁸³

⁸⁰ Portuese, Aurelien, “Fine is only one click away”, *Competition & Regulation Law Review*, n.º3, (2017), p. 201

⁸¹ Comunicação da Comissão – Orientação sobre as prioridades da Comissão na aplicação do artigo 82.º do Tratado da CE a comportamento de exclusão abusivos por parte de empresas em posição dominante, para. 78

⁸² Tradução nossa: “[...] a dominant company without an essential facility never has an obligation to help them.” in Lang, John Temple, “Comparing Microsoft and Google: The Concept of Exclusionary Abuse”, *World Competition*, 29, n.º 1, (2016), p.5.

⁸³ Hazen, Joshua G., “Note, Stop being Evil: A Proposal for Unbiased Googles Search”, *Michigan Law Review*, 111, (2013), p.797

3.2.3. Responsabilidade especial

“[...] recai sobre a empresa que detém uma posição dominante a responsabilidade especial de não prejudicar, através do seu comportamento, uma concorrência efetiva e não falseada no mercado interno.”⁸⁴

Um ponto de enorme importância neste caso consideramos que se centra em discutir o âmbito da responsabilidade especial que é imposta a uma empresa dominante. Uma vez que a Google não foi considerada uma infraestrutura essencial, só com base neste conceito é que entendemos ser possível discutir a imposição do dever de igualdade de tratamento/oportunidades imposto pela CE como medida corretiva. Será que ao abrigo da dita responsabilidade especial é possível exigir tal dever? Temos as nossas dúvidas. A explanação deste conceito é essencial para de seguida analisar as imposições feitas pela CE.

É certo que uma empresa em posição dominante tem uma responsabilidade especial, conforme o TJUE já teve oportunidade de afirmar em diversos casos, não só nos casos já referidos *Post Danmark* mas ainda antes no caso *Michelin*.⁸⁵ No entanto será que com base nessa responsabilidade é possível exigir a aplicação do princípio de igualdade de tratamento a uma empresa face às suas concorrentes, como a CE o fez com esta decisão?⁸⁶ Sobretudo quando não se trata de uma infraestrutura essencial? Apesar das tentativas ao longo dos anos em definir este conceito a verdade é que este ainda não possui uma definição clara, o que dificulta o apuramento dos comportamentos permitidos a empresa com esta posição.⁸⁷

Ao longo do tempo o Tribunal de Justiça teve oportunidade de aprofundar este conceito e ditar diretrizes mais precisas, nomeadamente no caso *Deutsche Telekom* em que reiterou que “a igualdade de oportunidades não era respeitada no mercado em causa e, portanto, que não estava aí assegurado um sistema de concorrência não falseada.”⁸⁸ Posição que foi ressalvada na decisão da CE “A system of undistorted competition can

⁸⁴ Caso C – 23/14 *Post Danmark II*, para. 71 que por sua vez remete para o Caso C-209/10 *Post Danmark*, para. 23.

⁸⁵ Caso 322/81 *Michelin c. Comissão*, para. 57. Conforme referido no livro Jones, Alison, Suffrin, Brenda, ob. cit., p. 374

⁸⁶ Decisão da Comissão, cit., para. 699

⁸⁷ Craig, Paul, De Búrca, Grainne, *EU Law - Text, Cases and Materials*. 6ª Edição. Nova Iorque: Oxford University Press, p. 1087

⁸⁸ Caso C-322/08 *Deutsche Telekom AG c. Comissão*, para.240

be guaranteed only if equality of opportunity is secured as between the various economic operators”⁸⁹

Já no caso *Tetra Pak II* o Tribunal Geral considerou que o âmbito da responsabilidade imposta a uma empresa dominante deve ser avaliada caso a caso, atendendo às características específicas da situação em causa, tendo sido tal posição reafirmada no recurso.⁹⁰ Este entendimento sobre uma necessária avaliação casuística também foi seguida neste caso pela CE.⁹¹

Resumindo, por responsabilidade especial entende-se que “[...]à luz dos princípios que regem o direito europeu da concorrência, a empresa em posição dominante no mercado tem uma responsabilidade especial e alguns comportamentos, que poderão ser perfeitamente aceitáveis e toleráveis noutras condições de mercado, tornam-se proibidas quando efectuadas por um interveniente com um elevado poder de mercado.”⁹²

No entanto há quem defenda que “as empresas em posição dominante têm o direito de concorrer com base no mérito mesmo que isso signifique tratar de forma menos favorável e forçar-los a exclusão dos concorrentes”⁹³, o que nos leva a concluir que esta imposição de dever de tratamento igual não é de entendimento unânime na doutrina.

À luz do que se encontra estabelecido a propósito da responsabilidade especial ou particular que assiste às empresas em posição dominante, importa discutir a susceptibilidade de uma empresa em tal posição estar obrigada a tratar as empresas concorrentes de igual forma colocando assim em causa a possibilidade de promover os seus próprios produtos.

⁸⁹ Decisão da Comissão, cit., para.331

⁹⁰ Caso T – 83/91, *Tetra Pak c. Comissão* para. 115 e C – 333/94 P, *Tetra Pak c. Comissão*, para. 24

⁹¹ Decisão da Comissão, para. 331

⁹² Tradução nossa: “[...] under European antitrust principles, the dominant firm on the market has a special liability and some behaviours, which might be perfectly acceptable and tolerable in any other market condition, become forbidden when acted upon by a player with significant market power.” In Falce, Valeria, Massimiliano Granieri, ob. cit., p.32

⁹³ Tradução nossa: “dominant firms are entitled and encouraged to compete on the merits, even if this means treating competitors unequally and forcing them to leave the market.” in Valdivia, Eduardo Aguilera, “The scope of the ‘Special Responsibility’ upon Vertically Integrated Dominant Firms after the Google Shopping Case: Is There a Duty to Treat Rivals Equally and Refrain from Favouring Own Related Business?”, *World Competition*, 41, nº1 (2018), p.56

3.2.4. Auto-promoção e princípio de igualdade de tratamento

Tal como o autor Eduardo Aguilera Valdivia ressaltou, este caso suscitou a discussão se de facto as empresas dominantes têm o dever de não favorecer os seus produtos ou negócios adjacentes em detrimento dos seus concorrentes.⁹⁴

Aqui reside um conceito muito discutível da decisão e que tem dado azo a inúmeras comparações com outros mercados, sendo umas mais felizes do que outras. Neste caso a CE visa proibir ou pelo menos constranger ao máximo a *self-promotion* da Google aos seus produtos. Ora tal nunca tinha acontecido até então em nenhuma decisão. De acordo com o autor Aurelien Portuese⁹⁵, isto seria o equivalente de a TESCO INC. não poder colocar os produtos alimentares da marca num local de destaque nas suas lojas. Afirmar mesmo que é uma prática comum as empresas colocarem em evidência os seus próprios produtos, o que nos parece uma prática completamente legítima.

De acordo com Bo Vesterdorf, não se encontra fundamento na jurisprudência europeia, nem tão pouco no artigo 102º do TFUE, para exigir a uma empresa em posição dominante que ao publicitar ou promover os seus próprios produtos o deva fazer também na mesma medida relativamente aos produtos de empresas concorrentes. Afirmar mesmo que se tal fosse exigível isso prejudicaria a empresa de concorrer efectivamente com os seus concorrentes.⁹⁶ Neste sentido, Jakob Kucharczyk também apresenta reservas quanto à aplicação do princípio de igualdade de tratamento na medida em que entende que “o efeito produzido pela aplicação do direito da concorrência não pode ser a de proibir uma empresa em posição dominante de disponibilizar os seus serviços aos consumidores no seu próprio website.”⁹⁷ Além disto relembra também que a obrigação imposta à Google de integrar as ofertas de outras empresas não é fácil na medida em que é difícil para a Google garantir a qualidade e a relevância desses resultados. Foi precisamente com base nesta dificuldade que no caso *Streetmap c. Google* o tribunal britânico não considerou que a Google devesse obrigatoriamente apresentar no seu motor de busca outros serviços fornecedores de serviços de mapas nos resultados de uma pesquisa.⁹⁸

⁹⁴ Valdivia, Eduardo Aguilera, ob.cit., p.43-44

⁹⁵ Portuese, Aurelien, op. cit., p.28

⁹⁶ Vesterdorf, Bo, Theories of self-preferencing and duty to deal – two sides of the same coin?, *Competition Law & Policy Debate*, Vol.1, issue 1, fevereiro de 2015, p.5, disponível em https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2561355, consult. em 19/09

⁹⁷ Tradução nossa: “The effect of competition law enforcement cannot possibly be to deny a dominant company placing its services in front of consumers on its own website.” in Kucharczyk, Jakob, “When Product Innovation becomes a Competition Law Infringement: Preliminary Thoughts on the Google Shopping Decision”, *Competition & Regulation Law Review*, (2017), p.196

⁹⁸ Ibidem.

Impôr este dever de igualdade de tratamento parece indicar uma intenção de pretender caminhar na direção de *search neutrality*, o que nos parece ser talvez algo impossível tal como Adam Candeub realçou. Segundo este autor o algoritmo da Google ou de qualquer outro motor de busca, de forma a almejar uma pesquisa neutra, pode constituir uma violação da liberdade de expressão na medida em que a forma como os motores de busca exercem o seu algoritmo resulta de uma linha editorial onde é definido o que consideram ser mais relevante mostrar aos seus utilizadores de acordo com os interesses destes.⁹⁹

Já Eduardo Aguilera Valdivia refere ainda que a possibilidade de imposição de “‘*search neutrality*’ would protect inefficient competitors that offer nothing valuable to consumers; undertakings would be able to object to their search placement and pursue better treatment for a particular query.”¹⁰⁰

Independentemente da legalidade de tal pretensão, não nos parece justo que da responsabilidade especial reconhecida a uma empresa dominante derive um dever de igualdade de tratamento aos concorrentes. Podendo tal imposição desmotivar as empresas com poder de mercado em investirem em inovação. Consideramos que este dever de igualdade de tratamento poderá colocar em causa no futuro o interesse da Google em investir e inovar na medida em que terá de colocar ao dispor dos seus concorrentes eventuais novidades que com mérito conseguiu alcançar, qual o propósito de investir se isso não se irá traduzir numa vantagem e melhoria de lucros no futuro? Já sem referir como tal imposição colocaria sim uma preocupação de concorrência falseada na medida em que a Google não poderia concorrer de forma efectiva com os concorrentes. Caso tal cenário se concretize os principais prejudicados serão os consumidores na medida em que não terão ao seu dispor produtos tão bons quanto poderiam, precisamente a Google que já cujos desenvolvimento e inovações já tanto beneficiaram os consumidores.

⁹⁹ Candeub, Adam, Behavioral Economics, Internet Search and Antitrust, I/S: A Journal of Law and Policy for the Information Society, Vol.9, N°3 2014, p.414

¹⁰⁰ Valdivia, Eduardo Aguilera, ob. cit. p. 65

3.2.5. Medidas correctivas para cessar o alegado abuso

“As medidas correctivas do direito da concorrência são adoptadas com o objectivo, entre outros, de restaurar a concorrência no mercado”¹⁰¹

Os mais críticos desta decisão colocam em causa o facto de a CE no final da sua decisão não ter apresentado condutas concretas que deviam ser adoptadas pela Google Shopping visando a cessação da prática do abuso apontado pelo regulador, tal como aconteceu noutras decisões¹⁰². Na decisão a CE estipulou que a Google bem como a Alphabet devem tomar as medidas necessárias para se assegurarem que o Google Search trata os serviços de comparação de preços concorrentes “no less favourably” relativamente ao seu próprio serviço de comparação de preços.¹⁰³ No entanto em nenhum momento especificou quais as medidas que deviam ser tomadas de forma a cessar o alegado abuso. Ora este requisito é problemático na medida em que “há um número limitado de “top few search results” e qualquer motor de busca eficiente deve ter a capacidade para garantir que os resultados mostrados são o mais relevantes possíveis bem como não violam padrões de qualidade, segurança, moral e outros promovidos pelo motor de busca”.¹⁰⁴

Consoante o objectivo da CE, as medidas correctivas podem ser *substitutionary remedies* ou podem consistir em *structural or behaviour remedies*.¹⁰⁵

Claramente neste caso, temos a multa de 2 mil 424 milhões de euros que representa o primeiro tipo enunciado e a obrigação de adoptar uma conduta não discriminatória que representa o segundo.

No entanto há quem afirme que o carácter flexível da medida corretiva permite à Google adoptar a medida que considerar mais adequada de forma a por termo a este abuso. Neste sentido o TJ já teve oportunidade de se pronunciar ao estipular que não cabe

¹⁰¹ Tradução nossa. Economides, Nicholas, Ionnis Lianos, The Quest for appropriate Remedies in the Microsoft Antitrust EU Cases: A Comparative Appraisal, NYU Law and Economics Research Paper, November 2009, p.2, disponível em https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1464505, consult. em 26/09

¹⁰² Casos Microsoft Media Player e Microsoft Internet Explorer.

¹⁰³ Decisão da CE – AT. 39740, p. 204 (699), disponível em http://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/39740/39740_14996_3.pdf, consultado em 17/09

¹⁰⁴ Tradução nossa: “there is a scarcity of “top few search results” and any effective search engine must have the ability to ensure that those results are the most relevant possible, as well as that they do not violate various quality, safety, moral or other standards that the search engine choose to promote” in Manne, Geoffrey A., The Problem of Search Engines as Essential Facilities: An Economic and Legal Assessment in The Next Digital Decade: Essays on the Future of the Internet (Szoka, Berin, Adam Marcus (ed.)), Washington D.C, TechFreedom, (2010), p.430

¹⁰⁵ Pais, Sofia Oliveira (ed.), Competition Law Challenges in the Next Decade, PIE Peter Lang, S.A, Bruxelas, 2016, p.179

à CE definir as medidas específicas a seguir pelas empresas que violam as disposições relativas ao direito da concorrência, mas que cabe às mesmas de aplicar as mais adequadas dentro das possibilidades existentes.¹⁰⁶

Posto isto consideramos sem fundamento as críticas face à atitude da CE na medida em que lhe cabe enquanto reguladora apreciar se de facto determinada conduta constitui ou não uma violação às regras estabelecidas, no entanto não lhe competem determinar quais as medidas particulares a serem tomadas até por falta de conhecimento. Assim resta-lhe aplicar as sanções reparadoras que considerar necessária e decretar o comportamento e as alterações que devem ser feitas, neste caso tratar de igual forma as empresas concorrentes da Google Shopping. Vale relembrar que neste momento a CE se encontra a monitorar a adequação das alterações aplicadas pela Google na sequência desta decisão.

4. Actualização do direito europeu da concorrência?

É irrefutável o domínio da Google em vários mercados e a sua capacidade para influenciar a estrutura do mercado e por conseguinte da concorrência. No entanto, com esta análise pode-se contestar e questionar se a legislação vigente possui as ferramentas necessárias para dar uma resposta eficaz a eventuais violações do direito da concorrência.

Conseguimos entender a motivação da CE com esta decisão, salvaguardar o bom funcionamento do mercado, em benefício dos consumidores. No entanto temos muitas reservas quanto à fundamentação utilizada para sustentar a sua decisão. Como já tivemos oportunidade de defender, ao ler a decisão parece-nos em certa medida que a forma como é descrito o motor de busca Google assemelha-se a uma infraestrutura essencial, mas sem nunca ser identificado como tal, apenas recebendo o tratamento que uma tem. Nomeadamente através da imposição do dever de tratar de igual forma os seus concorrentes, o que nos suscita muitas reservas. Esta decisão peca por ainda não existir, na nossa opinião, legislação direccionada para a nova realidade do mercado, no que ao direito da concorrência diz respeito. Por isso talvez causa tanta estranheza os fundamentos apresentados pela CE.

4.1. *Google Search*: uma infraestrutura essencial?

¹⁰⁶ Caso T-24/90, Automec c. Comissão, para.52 e Caso T-167/08, Microsoft c. Comissão, para.95.

Segundo a teoria de infraestrutura essencial, quando uma empresa é dominante sobre infraestruturas chave, como por exemplo na área dos transportes, é necessário que o acesso a essa seja concedido aos restantes concorrentes caso sejam verificadas circunstâncias específicas¹⁰⁷.

A verdade é que a aplicação desta teoria nunca se revelou fácil talvez devido à obrigação que impõe às empresas detentoras de uma infraestrutura essencial de fornecer acesso às empresas concorrentes para usufruir desta.

Apesar da posição dominante detida pela Google, e consequente responsabilidade especial enquanto tal, parece-nos uma grande ingerência na liberdade de empresa obrigar legalmente a publicitar na sua plataforma serviços concorrentes e trata-los de igual forma. No nosso entendimento tal dever só poderá encontrar acolhimento numa situação em que sem o acesso a tal plataforma as outras empresas não poderiam prestar serviços ao consumidor, o que não é de todo verdade. A teoria de infraestrutura essencial existente define uma infraestrutura enquanto tal quando esta seja indispensável para concorrentes entrarem no mercado. Ora não se poderá pensar numa revisão de conceito para quando se revela essencial para a subsistência no mesmo?

Antigamente quando se falava de infraestruturas associava-se a algo físico como auto-estradas, pontes, portos, redes de telecomunicações, mas atualmente na era digital faz sentido que se comece a associar uma infraestrutura a um conceito não tradicional, a algo não físico tal como os motores de busca.¹⁰⁸

No entanto, antes de aprofundar esta ideia, importa dar um maior enquadramento à evolução deste conceito, que teve origem nos Estados Unidos. Este surgiu no ordenamento jurídico americano no caso *United States v. Terminal Railroad Association*.¹⁰⁹ Já na União Europeia, os primeiros casos em que foi referenciado este conceito foram casos que se encontrava em discussão o acesso a um porto, falamos dos casos *B&I c. Sealink* e *Sea Containers c. Sealink*.¹¹⁰ Enquanto no primeiro caso encontrava-se em causa a mudança de horários no porto que colocou a empresa B&I numa posição desfavorecida relativamente à empresa detida pelo dono do porto obrigando a consumir muito mais combustível, já no segundo caso, mais relevante, a

¹⁰⁷ Dashwood, Alan *et al.*, *European Union Law*, 6ª Edição, Hart Publishing, Portland, p.800

¹⁰⁸ Frischmann, Brett, Spencer Weber Waller, *Revitalizing Essential Facilities*, *Antitrust Law Journal*, vol.75, p.4

¹⁰⁹ Pitofsky, Robert, Donna Patterson, Jonathan Hooks, *The Essential Facilities Doctrine Under United States Antitrust Law*, George Town University Center, 2002, p.445

¹¹⁰ Decisão da Comissão B&I/Sealink de 11 de Junho de 1992 e Decisão da Comissão Sea Containers/Stena Sealink de 21 de Dezembro de 1993.

empresa Sea Containers não tinha nenhum acesso ao porto que era gerido pela empresa Sealink, cujo acesso era essencial para poder operar no mercado. Nos dois casos a CE deu razão às queixosas com base na teoria de infraestrutura essencial.

Ao longo do tempo, ao contrário do verificado na jurisprudência americana, o TJ debruçou-se em várias oportunidades para dissecar este conceito e dar-lhe mais precisão. Além dos casos já mencionados, consideramos que o acórdão com maior relevo nesta matéria é o caso *Bronner*. Consoante a teoria de infraestrutura essencial vigente, uma infraestrutura só adquire tal estatuto caso a mesma seja indispensável para concorrer, a recusa de fornecimento acarrete a eliminação efectiva da concorrência nesse mercado e não exista uma justificação objectiva para tal recusa.¹¹¹

Numa primeira análise parece ser claro que, com base na teoria de infraestrutura essencial consagrada no caso *Bronner*¹¹², a *Google Search* não poderá ser considerada como tal desde logo atendendo ao facto que os sites de comparação de preços não necessitam de aparecer neste motor de busca para conseguir operar no mercado, nem tão pouco para entrarem nele. Por outras palavras, o acesso a esta plataforma não é essencial para uma nova empresa entrar no mercado. No entanto, consideramos que face à argumentação apresentada pela CE a mesma faria mais sentido se de facto estivéssemos perante uma. Ao considerar a estrutura que o mercado digital apresenta e atendendo à relevância da Google, que a própria CE fez questão de realçar ao longo de toda a decisão, faria todo o sentido de ser suscitada a possibilidade deste conceito ser reavaliado considerando as especificidades do mercado digital. Só neste contexto é que compreendemos exigências como igualdade de tratamento ou até um controlo da autopromoção por parte de uma empresa. Quando a CE diz que se um produto surge apenas na segunda página de pesquisas equivale a não aparecer de todo então não poderá nesse sentido ser encarado como uma recusa de fornecimento? Ou ainda quando é estabelecida uma conexão entre a visibilidade do serviço de comparação de preços nos resultados apresentados face a uma pesquisa de um utilizador e o tráfico/fluxo que este vai receber.¹¹³ Neste caso o fluxo de acessos foi considerado essencial para este mercado e enquanto tal a Google foi considerada importante fonte de fluxo. A CE ao afirmar que a Google é importante para salvaguardar o fluxo necessário neste mercado parece-nos que

¹¹¹ Caso C- 7/97 Oscar Bronner c. Mediaprint, para. 46

¹¹² Caso C – 7/97 Oscar Bronner c. Mediaprint.

¹¹³ Banasevic, Nicholas, in *The Google Shopping Decision – Concurrences LunchTalk*, 18 de Janeiro de 2018, Brussels, disponível em <https://www.concurrences.com/fr/conferences/the-google-shopping-decision-85723>, visitado em 31/08

está a afirmar que é necessária para a subsistência destas empresas de comparação de preços. Neste sentido poderemos basear-nos no raciocínio seguido no caso Microsoft onde foi considerado que para os sistemas operativos serem capazes de concorrer com a Microsoft em situação de igualdade era necessário que fosse garantida a sua “*viability*” e “*attractiveness*” relativamente aos consumidores.¹¹⁴ Ora parece-nos que era precisamente este o ponto que preocupou a CE e segundo o qual esta considerou que a situação constituía um abuso, devido ao facto de as empresas concorrentes à *Google Shopping* não receberem o mesmo de tipo de visibilidade prejudicando assim o seu volume de negócios. Desta perspectiva, o motor de busca Google representa de facto uma infraestrutura essencial, sendo certo que esta interpretação do critério de indispensabilidade representa uma versão mais *soft* da apresentada no caso Bronner.¹¹⁵

Relativamente ao facto de a possibilidade desta infraestrutura ser replicada ou surgirem outros concorrentes bem como de já existirem, há quem defenda inclusive a teoria de *one click away*¹¹⁶, ou seja, a Google é apenas um motor de busca, não o único, podendo o utilizador recorrer a outros motores de busca generalizados ou especializados para realizarem as suas pesquisas.

No entanto consideramos que há algo que torna o *Google Search* tão valioso e praticamente impossível de o equiparar aos demais: *data*. Mais precisamente a quantidade de *data* que reúne faz com que seja o motor de busca mais eficiente, atraindo mais utilizadores e, por conseguinte, mais *data* e assim sucessivamente, tornando-o imbatível.

Neste sentido uma perspectiva a ter em consideração será a defendida por Frank Pasqual¹¹⁷ de acordo com o qual quanto mais relevante um motor de busca for, ou seja, quanto mais pesquisas receber, mais *data* irá conseguir recolher que por sua vez tornará possível fornecer um melhor serviço aos seus utilizadores. A recolha de dados representa um elemento fulcral para um motor de busca no sentido em que possibilita cada vez mais eficientemente filtrar e analisar resultados para corresponder de uma maneira mais eficaz às preferências dos seus utilizadores. Por sua vez, isso torna a possível entrada de novos concorrentes ou a sobrevivência dos existentes mais difícil. Precisamente sobre este facto,

¹¹⁴ Dashwood, Alan et al., ob. cit., p.804

¹¹⁵ Ibidem. p. 804

¹¹⁶ Hazen, Joshua G., “Note, Stop being Evil: A Proposal for Unbiased Googles Search”, Michigan Law Review 111 (2013), p.814

¹¹⁷ Pasqual, Frank, Dominant Search Engines: An Essential Cultural & Political Facility in The Next Digital Decade – Essays on the Future of the Internet, (Szoka, Berin, Adam Marcus (ed.)), Washington D.C, TechFreedom, (2010), p.411

Bruno Lasserre e Andreas Mundt entendem que é criado um efeito de bola de neve, os motores de busca ou redes sociais com maior poder no mercado serão cada vez mais dominantes na medida em que conseguem prestar um melhor serviço enquanto que os concorrentes mais pequenos terão cada vez mais uma dimensão menor no mercado na medida em que não conseguem ser tão eficientes.¹¹⁸

Finalmente, quanto à obrigação de fornecer um tratamento não menos favorável, consideramos relevante ter em consideração a primeira decisão da CE relativamente a infraestruturas essenciais, acima referido, em que opunha a empresa B&I que fornecia serviços de ferry à empresa Stena Sealink que detinha tanto o porto que foi considerado infraestrutura essencial bem como uma empresa que operava no mercado de serviço de ferrys. Ora neste caso não se encontrava em causa a recusa de acesso à infraestrutura mas sim o tratamento menos favorável recebido pela empresa B&I face à que era detida pela Sealink. É inevitável comparar esta situação à verificada no caso *Google Shopping*. Os serviços concorrentes à *Google Shopping* surgem no motor de busca *Google Search*, no entanto alegam ser alvo de um tratamento diferenciado. Na decisão relativa à conduta da empresa Sealink a CE considerou que “o dono da infraestrutura essencial, que também usufrui dela, não pode impor uma desvantagem concorrencial aos seus concorrentes, também utilizadores da infraestrutura essencial, ao alterar o horário de forma a prejudicar os serviços dos seus concorrentes [...]”¹¹⁹

Posto isto, face aos elementos que acima expomos concordamos assim com a posição defendida por Lisa Mays¹²⁰ que alega que tanto a CE como a FTC deveriam ter considerado *Google Search* como uma infraestrutura essencial.

4.2. Medida corretiva: perspectiva alternativa

As semelhanças entre este caso com os casos relativos à Microsoft são inegáveis. Neste sentido de acordo com Nicholas Elia, o *Google Search* representa um monopólio natural tal como o Microsoft Windows bem como existe um paralelismo entre os casos referentes ao *Internet Explorer* e *Windows Media Player* e o caso referente à *Google*

¹¹⁸ Lasserre, Bruno, Andreas Mundt, “Competition Law and Big Data: The Enforcers’ View”, *Rivista Italiana di Antitrust*, n.º 1 (2017), p.91, disponível em https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/EN/Fachartikel/Competition_Law_and_Big_Data_The_enforcers_view.pdf?__blob=publicationFile&v=2, consult. em 12/10

¹¹⁹ Tradução nossa. Decisão da Comissão de de 11 de Junho de 1992, cit. para. 42

¹²⁰ Mays, Lisa, The Consequences of Search Bias: How Application of the Essential Facilities Doctrine Remedies Google’s Unrestricted Monopoly on Search in the United States and Europe, *The George Washington Law Review*, vol.83, n.º2 2015, p.752

Shopping. Segundo este autor, tal como acontece nos primeiros casos onde os programas referidos beneficiam por se encontrarem incorporados no Windows o mesmo acontece com o serviço de comparação de preços da Google que se encontra incorporado no *Google Search*.¹²¹ Concordamos com esta posição na medida em que é evidente a vantagem detida pelo Google Shopping por pertencer ao mesmo grupo do motor de busca Google Search, nem que seja por partilhar o mesmo nome conhecido internacionalmente. Na sequência desta citação e após alguma pesquisa relativamente aos casos que envolvem a *Microsoft* e que também representaram na sua época decisões extremamente relevantes consideramos que as medidas corretivas adoptadas no âmbito do caso relativo ao navegador *Internet Explorer*, poderão ser utilizados como exemplos para a conduta a ser adoptada de forma a cessar com os abusos constatados. Atendendo ao âmbito deste trabalho que se cinge à investigação relativa ao *Google Shopping* iremos apenas desenvolver a solução seguida no caso relativo ao programa de navegação web Internet Explorer na medida em que entendemos que se adequa melhor ao problema em causa. Neste caso, encontrava-se em causa o facto do Internet Explorer vir incorporado no Windows, ou seja, “a Microsoft associou técnica e contratualmente o Internet Explorer ao Windows [...] ao vender as licenças Windows com a inclusão obrigatória do Internet Explorer.”¹²² A CE considerou que, atendendo à posição dominante da Microsoft, a prática desta conduta no mercado de sistemas operativos constituía um abuso de posição dominante.

Ora de forma a cessar esse abuso a “Microsoft acordou com a Comissão Europeia propor aos utilizadores do seu sistema operativo Windows um ecrã de escolha que lhes permitirá seleccionar facilmente o programa de navegação Web que pretendam utilizar.”¹²³

Consideramos que esta opção devidamente adaptada à Shopping Unit poderá ser uma forma eficaz de fazer face ao alegado abuso perpetuado pela Google. Desta forma antes de surgirem os resultados apareceria um ecrã onde os consumidores poderiam seleccionar as suas preferências quanto à proveniência das ofertas. Consideramos que com esta solução também poderia ser benéfico a nível de inovação na medida em que todos os

¹²¹ Elia, Nicholas, “Innovative Product, Innovative Remedy: “Essential Facility” as a Compromise for the Antitrust Charges Against Google’s Onebox in the United States and the European Union”, *Temple International & Comparative Law Journal*, Vol. 31, nº2, 2017, p.491

¹²² Comunicação publicada nos termos do artigo 27º, nº4 do Regulamento (CE) n.º1/2003 do Conselho relativa ao processo COMP/C-3/39.530 – Microsoft (Associação de produtos), para. 5

¹²³ Antitrust: decisão da Comissão relativa ao novo ecrã de escolha (*Choice Screen*) do programa de navegação Web proposto pela Microsoft - guia do utilizador, disponível em http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-09-559_pt.htm , consult. em 30/09

operadores no mercado incluindo a Google iriam ter maior interesse em investir em inovação de forma a tornarem-se mais atrativos para os consumidores. Os utilizadores deste motor de busca devem ter a possibilidade de escolher o fornecedor do bem ou serviço que pretende que lhe surjam. Assim, representa uma mais valia para o consumidor qualquer inovação que permita uma melhor experiência ao utilizador, agora deve é ser dada ao mesmo a possibilidade o serviço que pretende usar.

Face ao exposto, não contestamos a susceptibilidade da Google, com base no poder que detém no mercado, influenciar os comportamentos dos utilizadores, nem com base na sua seleção de ordem de resultados prejudicar o funcionamento de empresas concorrentes, o que para nós se encontra aqui em causa é a fragilidade de argumentação apresentada. Consideramos, com base na descrição feita, que para serem impostos à empresa alguns dos deveres deveria ser reconhecido outro estatuto à *Google Search*, nomeadamente o de infraestrutura essencial na medida em que se revela essencial à subsistência de outras empresas.

Posto isto, acreditamos que o motor de busca devesse ser considerado uma infraestrutura essencial.

5. Google e o resto do mundo

A Google também já foi alvo de investigação por parte da FTC¹²⁴ por suspeitas de violação da Section 5 do Sherman Act que estipula como proibidos *unfair methods of competition*. Foi investigado neste processo a eventual manipulação dos algoritmos de pesquisa bem como a disposição dos resultados na página de pesquisa por parte da Google de forma a impedir a uma concorrência efetiva por parte dos seus concorrentes.¹²⁵

No entanto ao contrário do que aconteceu a nível europeu, o regulador americano considerou que com base nos indícios recolhidos ficou comprovado que a intenção da Google, ao introduzir a nova forma de dispor os resultados, foi de melhorar a experiência do utilizador e não prejudicar os concorrentes. “Analyses of “click through” data showing

¹²⁴ A FTC é a entidade reguladora da concorrência americana.

¹²⁵ Statement of the Federal Trade Commission Regarding Google’s Search Practices In the Matter of Google Inc., FTC File Number 111-0163, 3 de Janeiro de 2013, disponível em https://www.ftc.gov/sites/default/files/documents/public_statements/statement-commission-regarding-google-search-practices/130103brillgooglesearchstmt.pdf, consult. em 31/08/2018

how consumers reacted to the proprietary content displayed by Google also suggest that users benefited from these changes to Google's search results". Foi mesmo considerada a nova forma de dispor os resultados como uma "legitimate business decision"¹²⁶. Face às alegações dos concorrentes que a Google alterou o algoritmo de forma propositada para prejudica-los, o regulador americano considerou que "[...]Google had not selectively changed its algorithm to impede competition; rather, any demotions of competing websites were the incidental effects of changes that could be considered design improvements"¹²⁷.

O impacto desta decisão da comissão pode medir-se pela quantidade de investigações que foram iniciadas por várias entidades reguladoras à conduta perpetuada pela Google. Inclusive nos Estados Unidos onde o *State Attorney General* anunciou em novembro de 2017 que iria ser iniciada uma investigação relativa ao eventual favorecimento por parte da Google aos seus produtos em detrimento da concorrência, mas também relativamente "Google scrapes information without permission from competitors like Yelp Inc. to use for its own search results, and is questioning Google's collection, use and disclosure of information about its users and their online activities."¹²⁸

A verdade é que não é só na União Europeia ou nos Estados Unidos que a Google foi ou se encontra a ser alvo de investigações devido a suspeitas das suas condutas nos mais variados ramos constituírem uma violação ao direito da concorrência. Entidades reguladoras de todo o mundo já iniciaram investigações ou anunciaram a intenção de o fazer, nomeadamente na Índia, Brasil, México.¹²⁹

¹²⁶ *Ibidem*. p.3

¹²⁷ Lao, Marina, ob.cit., p.285 disponível em https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2128613, consult. em 27/09/2018

¹²⁸ De Vynck, Gerrit, (2017, 17 de Novembro). Missouri AG Announces Antitrust Investigation into Google. *Bloomberg*, disponível em <https://www.bloomberg.com/news/articles/2017-11-13/google-faces-missouri-investigation-as-antitrust-concerns-grow>, consult. em 15/09/2018

¹²⁹ Dougherty, Conor, Mark Scott, (2015, 1 de Setembro). Google Antitrust Inquires Spread Over Globe, With India the Latest Problem. *The New York Times*, disponível em <https://www.nytimes.com/2015/09/02/technology/google-antitrust-investigations-spread-across-the-globe.html>, consult. em 20/09

6. Conclusão

Com esta investigação podemos confirmar o indiscutível domínio do motor de busca da Google nos mercados alvos da investigação pela CE mas também um pouco por todo o mundo bem como a atenção que esta realidade digital tem recebido por várias autoridades reguladoras da concorrência. Tendo sido pioneiras as autoridades americanas e europeias cujo exemplo foi seguido por outras.

A importância do mercado digital no quotidiano dos cidadãos é indiscutível bem como o seu rápido desenvolvimento no decorrer dos últimos anos. Esta era digital trouxe uma nova realidade para a qual é necessária avaliar a adequação das leis já existentes. As empresas em posição dominante, ou melhor a sua actuação, sempre mereceram uma atenção especial por parte das entidades reguladoras atendendo à sua capacidade para distorcer a concorrência. Neste sentido, a CE com base em algumas queixas iniciou uma investigação à conduta da Google cujas conclusões poderão estabelecer os parâmetros a serem seguidos em decisões futuras. Embora consideremos as preocupações da CE válidas e concordemos com a decisão tomada no termo da investigação levada a cabo não podemos deixar de constatar que a fundamentação utilizada suscitou muitas dúvidas quanto à sua adequação. Nomeadamente quanto aos métodos já estabelecidos para avaliar o mercado relevante, o abuso ou mesmo as medidas corretivas impostas. A verdade é que chegamos a conclusão que a Google Search não foi caracterizada de forma devida na medida em que, ao abrigo de argumentos já utilizados, se encontram reunidas as condições necessárias para esta ser considerada uma infraestrutura essencial. Esta figura, embora controversa, consideramos que se adequa na perfeição à Google Search que indubitavelmente representa um elemento essencial para o acesso ao mundo digital e cuja reprodução nos mesmos moldes se revela praticamente impossível. Assim não podemos deixar de ansiar pela decisão que o Tribunal Geral irá emanar relativamente ao recurso interposto pela Google, que possivelmente poderá trazer mais certezas a este monte de incertezas e divisões existentes na doutrina.

Independentemente da adequação ou não das normas previstas, este caso mostra as dificuldades existentes para a regulação do mercado digital.

Apesar da importância desta decisão, consideramos que a mesma deixa transparecer as fragilidades da legislação relativa ao direito da concorrência para dar resposta aos desafios atuais impostos pela nova realidade digital. Não obstante não retira o mérito da investigação conduzida pelo regulador europeu, mas sim deve servir de alerta para a

necessidade em adoptar medidas mais apropriadas a este domínio. Prova disso é a atuação das instituições europeias que se têm revelado atentas a esta realidade. Nesse sentido, em 26 de Abril de 2018 foi apresentada uma proposta de Regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho relativo à promoção da equidade e da transparência para os utilizadores empresariais de serviços de intermediação em linha. Esta proposta é um sinal que atendendo à importância destes serviços no desenvolvimento digital a UE pretende regular cada vez a atuação das plataformas que prestam serviços em linha e desta forma evitar que as empresas tirem partido da falta de legislação existente para colocar em causa a concorrência com base no mérito.

7. Bibliografia

7.1. Obras e artigos

- Banasevic, Nicholas, “Lesson from the *Google Shopping* Decision”, *Concurrences*, n.º2, (2018), 30-34
- Behrens, Peter, “The ordoliberal concept of “abuse” of a dominant position and its impact on Article 102 TFEU”, Discussion Paper, No. 7/15, Europa-Kolleg Hamburg, Institute for European Integration, Hamburg, (2015), 3-34
- Broos, Sébastien, Jorge Marcos Ramos, “Google, Google Shopping and Amazon: The Importance of Competing Business Models and Two-Sided Intermediaries in Defining Relevant Markets”, *The Antitrust Bulletin*, vol.62, nº2, (2017), 1-18, disponível em https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2696045 , consult. em 25/09
- Candeub, Adam, “Behavioral Economics, Internet Search and Antitrust”, *I/S: A Journal of Law and Policy for the Information Society*, vol.9, nº3, (2014), 407-434
- Craig, Paul, Grainne De Búrca - *EU Law - Text, Cases and Materials*, 6ª Ed. Nova Iorque: Oxford University Press.
- Dashwood, Alan *et al.* - *European Union Law*, 6ª Ed., Portland: Hart Publishing.
- Economides, Nicholas, Ioannis Lianos, “A Critical Appraisal of Remedies in the E.U. Microsoft Cases”, *Colombia Business Law Review*, n.º2, (2010), 346-420.
- Economides, Nicholas, Ionnis Lianos, “The Quest for appropriate Remedies in the Microsoft Antitrust EU Cases: A Comparative Appraisal”, *NYU Law and Economics Research Paper*, (2009), 1-51, disponível em https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1464505 , consult. em 26/09
- Elia, Nicholas, “Innovative Product, Innovative Remedy: “Essential Facility” as a Compromise for the Antitrust Charges Against Google’s Onebox in the United States and the European Union”, *Temple International & Comparative Law Journal*, vol. 31, n.º2, (2017), 465-496.
- Falce, Valeria, Massimiliano Granieri, “Search Design Policy, Digital Disruption and Competition Law”, *Market and Competition Law Review*, vol. I, n.º2, (outubro 2017), 15-46

- Ferro, Miguel Sousa (2015), *A Definição de Mercados Relevantes no Direito Europeu e Português da Concorrência*, Coimbra:Edições Almedina.
- Fountoukakos, Kyriakos, Bo Vesterdorf, “An Appraisal of the Remedy in the Commission’s Google Search (Shopping) Decision and a Guide to its Interpretation in Light of an Analytical Reading of the Case Law”, *Journal of European Competition Law & Practice*, vol. 9, n.º1, (2018), 3-18
- Frischmann, Brett, Spencer Weber Waller, “Revitalizing Essential Facilities”, *Antitrust Law Journal*, vol.75, n.º1, (2008),1-65
- Gorjão-Henriques, Miguel (2014), *Direito da União – História, Direito, Cidadania, Mercado Interno e Concorrência*, 7ª Ed., Coimbra: Edições Almedina.
- Grimmelmann, James, “What to do about Google?”, *Cornell Law School/communications at the ACM*, vol. 56, n.º 9, (Setembro de 2013), 28-30
- Hazen, Joshua G., “Note, Stop being Evil: A Proposal for Unbiased Google Search”, *Michigan Law Review*, n.º111, (2013), 789-820
- Hoppner, Thomas, “Duty to Treat Downstream Rivals Equally: (Merely) a Natural Remedy to Google’s Monopoly Leveraging Abuse”, *Competition & Regulation Law Review*, n.º3, (2017), 208-222
- Kucharczyk, Jakob, “When Product Innovation becomes a Competition Law Infringement: Preliminary Thoughts on the Google Shopping Decision”, *Competition & Regulation Law Review*, (2017),pp.193-197
- Lao, Marina, “Search, Essential Facilities, and the Antitrust Duty to Deal”, *Northwestern Journal of Technology and Intellectual Property*, vol. 11, n.º5, (2013), 275-319, disponível em https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2128613 , consult. em 27/09/2018
- Lasserre, Bruno, Andreas Mundt, “Competition Law and Big Data: The Enforcers’ View”, *Rivista Italiana di Antitrust*, n.º 1 (2017), 87-103, disponível em https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/EN/Fachartikel/Competition_Law_and_Big_Data_The_enforcers_view.pdf?__blob=publicationFile&v=2 , consult. em 12/10
- Jones, Alison, Suffrin, Brenda (2014) - *EU Competition Law – Text, Cases and*

Materials, 5^a Ed., Nova Iorque: Oxford University Press.

- Lang, John Temple, “Comparing Microsoft and Google: The Concept of Exclusionary Abuse”, *World Competition*, vol.39, n.º1,(2006), 5-28
- Maihaniemi, Beata, “The role of innovation in the analysis of abuse of dominance in digital markets”, *Market and competition law review*, vol. I, nº1, Abril de 2017, 111-143
- Manne, Geoffrey A., *The Problem of Search Engines as Essential Facilities: An Economic and Legal Assessment in The Next Digital Decade: Essays on the Future of the Internet* (Szoka, Berin, Adam Marcus (ed.)), Washington D.C, TechFreedom, (2010), pp.419-434
- Marques, Beatriz, “Google: is the Competition truly just a Click Away?”, *Concurrennces*, n.º2, (2018), 35-37
- Mays, Lisa, “The Consequences of Search Bias: How Application of the Essential Facilities Doctrine Remedies Google’s Unrestricted Monopoly on Search in the United States and Europe”, *The George Washington Law Review*, vol.83, n.º2 (2015), 721-760
- Pais, Sofia Oliveira (ed.) (2016), *Competition Law Challenges in the Next Decade*, Bruxelas:P.I.E Peter Lang, S.A.
- Pais, Sofia Oliveira (2011), *Entre Inovação e Concorrência – em defesa de um modelo europeu*, Lisboa: Universidade Católica Editora.
- Pasqual, Frank, *Dominant Search Engines: An Essential Cultural & Political Facility in The Next Digital Decade – Essays on the Future of the Internet*, (Szoka, Berin, Adam Marcus (ed.)), Washington D.C, TechFreedom, (2010), 401-417
- Pitofsky, Robert, Donna Patterson, Jonathan Hooks, “The Essential Facilities Doctrine Under United States Antitrust Law”, *George Town University Center*, (2002), 443-462
- Portuese, Aurelien, “Fine is only one click away”, *Competition & Regulation Law Review*, 198, (2017), 198-203
- Portuese, Aurelien, “When demotion is competition: Algorithmic Antitrust Illustrated”, *Concurrences*, nº2, (2018), 26-29
- Surblyté, Gintaré, “Competition Law at the Crossroads in the Digital Economy: is it all about Google?”, *Journal of European Consumer and Market Law*, n.º 5 (2015), 170-178

- Szyszczak, Erika, “Controlling Dominance in EU Markets”, *Fordham International Law Journal*, vol.33, n.º6, (2011), p.
- The Google Shopping Decision – Concurrences LunchTalk, 18 de Janeiro de 2018, Bruxelas disponível em <https://www.concurrences.com/fr/conferences/the-google-shopping-decision-85723> , visitado em 31/08
- Vanberg, Aysen Diker, “From Archie to Google – Search engine providers and emergent challenges in relation to EU competition law”, *European Journal of Law and Technology*, vol. 3, n.º1, (2012), disponível em <http://ejlt.org/article/viewArticle/115/198>, consult. em 3/06.
- Vesterdorf, Bo, “Theories of Self-Preferencing and duty to deal – two sides of the same coin?”, *Competition Law & Policy Debate*, vol. 1, n.º 1, (fevereiro de 2015), 4-9
- Whish, Richard, David Bailey (2012), *Competition Law*, Nova Iorque: Oxford University Press.

7.2. Decisões da Comissão

- Decisão da Comissão B&I/Sealink de 11 de Junho de 1992
- Decisão da Comissão Sea Containers/Stena Sealink de 21 de Dezembro de 1993
- Decisão da Comissão de 13 de Maio de 2009 INTEL
- Decisão da Comissão Microsoft de 24 de Março de 2004
- Decisão da Comissão Microsoft de 6 de Março de 2013
- Decisão da Comissão Google Search (Shopping) de 27 de Junho de 2017
- Decisão da Comissão Google Android de 18 de Julho de 2018

7.3. Jurisprudência

- Caso 6/72, Continental Can c. Comissão
- Caso 27/76, United Brands c. Comissão
- Caso 85/76 Hoffmann La-Roche c. Comissão
- Caso 322/81, Michelin c. Comissão
- Caso C- 62/86 Akzo c. Comissão

- Caso T-24/90, Automec c. Comissão
- Caso T – 83/91, Tetra Pak c. Comissão
- Caso C - 333/94 P, Tetra Pak c. Comissão
- Casos C- 396/96 P e C-397/96 P, Compagnie Maritime Belge c. Comissão
- Caso C - 7/97 Oscar Bronner c. Mediaprint
- Caso T-228/97 Irish Sugar c. Comissão
- Caso C – 309/99, Wouters
- Caso T-5/02, Tetra Laval c. Comissão
- Caso T- 201/04, Microsoft c. Comissão
- Caso T-167/08, Microsoft c. Comissão
- Caso C-322/08 Deutsche Telekom AG c. Comissão,
- Caso C-209/10 Post Denmark c. Konkurrenceradet
- Caso C – 23/14 Post Denmark II c. Konkurrenceradet
- Caso T – 612/17, Google e Alphabet c. Comissão